# Die Verbindung des Herausgabeanspruchs mit der Schadensersatzforderung für den Fall der Nichtherausgabe.

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

**Richard Kobrak**

Referendar

am Königlichen Amtsgericht in Reinerz.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

---

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.

**Auger**, § 255 ZPO. und verwandte Bestimmungen. Im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1908.

**Auerbach**, Replik zur abgeänderten Zivilprozeßordnung. In der Juristischen Wochenschrift 1899.

**Bähr**, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechung.

**Bartoli**, Commentaria tom. I.

**Bolze**, Der Anspruch. In Gruchots Beiträgen Bd. 46.

**Böning**, Zum alternativen Klagantrag. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 15.

**Bucerius**, Eventuell verbundene Anträge. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 37.

**Cosack**, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

**Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

**Degenkolb**, Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.

**Dernburg**, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 1895.

**Dernburg**, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1906.

**Eccius**, Besprechung der Zivilprozeßordnung von v. Wilmowski-Levy. In Gruchots Beiträgen Bd. 33.

**Eccius**, Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 48.

**Eccius**, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904.

**Eck**, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1903.

**Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

**Enneccerus-Lehmann**, Das bürgerliche Recht. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 7, 11, 21, 28, 42, 50, 54, 55, 58, 59, 67.

**Falkmann**, Die Zwangsvollstreckung. 1908.

**Fischer**, Recht und Rechtsschutz. In Heft 6 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 1899.

**Fischer-Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

**Fitting**, Der Reichszivilprozeß mit Nachtrag: Die Neuerungen der Novelle zur Zivilprozeßordnung v. 1. 6. 1909.

**Förster,** Ist seit dem Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung die Klage auf Erfüllung vor Eintritt der Fälligkeit des Anspruchs unbedingt zulässig? In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 8.

**Förster-Engelmann,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1908.

**Gaupp-Stein,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1906 u. 1908. (Mit Nachtrag.)

**Goldmann-Lilienthal,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

**Hahn,** Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

**Haymann,** Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruches. In Gruchots Beiträgen Bd. 56.

**Hellwig,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907, Bd. 3 1908/09.

**Hellwig,** Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1905.

**Hellwig,** Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

**Herbst,** Die sogen. Kündigungsklage des Titel 28 der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten unter der Herrschaft der deutschen Zivilprozeßordnung. In Gruchots Beiträgen Bd. 26.

**Heuer,** Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich? In der Deutschen Juristenzeitung 1903.

**Hirschfeld,** Klage vor Fälligkeit des Anspruchs. In der Deutschen Juristenzeitung 1898.

**Hölder,** Zum Allgemeinen Teil des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 73.

**Joseph,** Klagen auf Leistung von Sachen oder auf Zahlung des Werts. In der Juristischen Wochenschrift 1910.

Justizministerialblatt. 1839.

**Kleinfeller,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1910.

**Kohler,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

**Kohler,** Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 80.

**Kroll,** Klage und Einrede nach deutschem Recht. Berlin 1884.

**Laemmert,** Über die eventuelle Klagenverbindung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 16.

**Langheineken,** Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

**Leonhard,** Der Anspruchsbegriff des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 15.

**Levy,** Die Vollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schuldtiteln nach der deutschen Zivilprozeßordnung. In Gruchots Beiträgen Bd. 36.

**Marquardt,** Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe. In der Juristischen Wochenschrift 1909.

**Mayer,** Anspruch und Rechtskraft. 1896.

**Moos,** Die Klage auf künftige Leistung nach Reichsprozeßrecht. Tübinger Diss. 1902.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
**Mugdan-Falkmann,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 1, 2, 5, 9, 13, 15.
**Neumann,** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.
**Oertmann,** Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
**Otto,** Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 8.
**Petersen,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. (mit Anhang).
**Petersen,** Über das eventuelle Klagebegehren und Rechtsmittel sowie die eventuelle Verbindung von mehreren Klagegründen. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 16.
**Pfeiffer,** Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urteile. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 37.
**Planck,** Bürgerliches Gesetzbuch. 1907.
**Planck,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1891.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
**Pünnel,** Die objektive Klagenhäufung und ihre prozessualen Wirkungen nach der Zivilprozeßordnung. Heidelberger Diss. 1909.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. 16. Jahrg.
**Rehbein,** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1899, 1903.
Reichstagsverhandlungen. 12. L.-P. I. Session. Bd. 246 u. 254.
**Reincke-Wienstein,** Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1910.
**Romeick,** Fristbestimmung. In der Deutschen Juristenzeitung 1901.
**Schmidt,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1898.
**Schmidt,** Die Änderungen des Zivilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898.
**Seuffert,** Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. 1904/05.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
**Siegel,** Zur prozessualen Geltendmachung der Eigentümeransprüche. In der Juristischen Wochenschrift 1910.
**Skonietzki-Gelpcke,** Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Bd. 1. Berlin 1911.
**Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. 1907 u. 1909.
**Stein,** Zu dem Gesetzentwurf betr. Abänderung der Zivilprozeßordnung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24.
**Stölzel,** Schulung für die zivilistische Praxis. Bd. 1 8. Aufl., Bd. 2 4. Aufl.
**Strauß,** Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich? In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
**Struckmann-Koch,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl.
**Thiesing,** Alternativ- und Eventualantrag. Im Recht Bd. 11.
**Tuhr,** Verfügung über künftige Forderungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904.
**Tuteur,** Die Klage auf künftige Leistung. Würzburger Diss. Borna-Leipzig 1907.
**Wach,** Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1888.

**Wach**, Der Feststellungsanspruch. In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid. Leipzig 1888.

**Wach**, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1896.

**Weismann**, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.

**Westendorf**, Die objektive Klagenhäufung. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1908.

**Wilhelmi-Bewer**, Das Gewerbegerichtsgesetz. 1903.

**Wetzell**, System des ordentlichen Zivilprozesses. Leipzig 1878.

**Willenbücher**, Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens. Berlin 1900.

**Wilmowski-Levy**, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1889.

**Windscheid-Kipp**, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1903.

# Einleitung.

## § 1.

Wer genötigt ist, zur Durchsetzung seiner Rechte die Hilfe der Gerichte in Anspruch zu nehmen, hat regelmäßig das größte Interesse daran, so schnell und so billig wie möglich ein Urteil zu erwirken, durch dessen Vollstreckung er sich befriedigen kann.

Gerade das entgegengesetzte Bestreben hat der böswillige Schuldner; er versucht es — und leider nur allzuoft mit Erfolg —, den gegen ihn anhängig gemachten Prozeß zu verschleppen. Wenn der Gläubiger endlich das obsiegende Urteil erstritten hat, so macht ihm der Schuldner häufig durch allerlei Schiebungen die Vollstreckung unmöglich und zwingt ihn, mit neuem Kosten- und Zeitaufwand auf einem anderen Wege gegen ihn gerichtlich vorzugehen.

Gar häufig weiß der Kläger mit mehr oder weniger großer Sicherheit, daß sein Gegner, gegen den er einen Herausgabeanspruch hat, die Zwangsvollstreckung aus einem Urteile, das ihn zur Herausgabe verpflichtet, unmöglich zu machen wissen wird.

Soll der Kläger nun genötigt sein, wenn der erste Prozeß zu Ende ist und zu seiner Befriedigung nicht geführt hat, von neuem zu klagen, um den erwachsenen Schaden von seinem Gegner ersetzt zu erhalten? Liegt es nicht nahe, in solchen Fällen die gleichzeitige Geltendmachung des Herausgabeanspruchs und des Anspruchs auf Schadensersatz für den Fall der Nichtherausgabe zuzulassen?

Die Beantwortung dieser Frage erscheint auf den ersten Blick leicht und selbstverständlich, wenn man sie vom Standpunkt des billigen Ermessens und der Zweckmäßigkeit betrachtet. Ob aber

unser geltendes Recht einem solchen Verfahren eine Stütze gewährt und ob nicht sogar auch vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit bei näherer Prüfung Bedenken auftauchen, das zu untersuchen soll unsere Aufgabe sein.

# Erster Abschnitt.

## § 2.

Solange im römischen Recht der Satz: „Omnis condemnatio pecuniaria est" in Geltung war, konnte die Frage nach der Zulässigkeit des zu untersuchenden Klagebegehrens überhaupt nicht auftauchen. Auch in späterer Zeit, als schon durch das arbitrium de restituendo des Richters auf den Beklagten ein Druck zur Restitution oder Exhibition ausgeübt wurde, ging doch noch jedes Urteil auf eine Geldleistung, nur ein solches konnte vollstreckt werden. Wenige Fälle waren es, in denen schon frühzeitig im öffentlichen Interesse eine Realexekution möglich war. Später drang dann allmählich der Grundsatz der Realexekution, der im heutigen Recht die Regel bildet, durch.

Erst von diesem Augenblick an war das Auftauchen unserer Frage denkbar.

Die Praxis des gemeinen und preußischen Rechts hat jedoch, soweit ersichtlich, die zum Gegenstand der Erörterung gemachten Klagen unbedenklich zugelassen. Die allgem. Gerichtsordnung[1]) gibt diesem Gerichtsgebrauch auch eine gesetzliche Unterlage, indem sie, „um jede unnütze Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden", bestimmt, daß „wenn der Beklagte zur Gebung oder Leistung der eingeklagten Sache oder Handlung verurteilt wird, unter einem auch wegen des allenfalls zu vergütenden Interesses das Erforderliche festgesetzt werden könne".

Auch nach Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung ist von den Gerichten unsere Klage im allgemeinen nicht beanstandet worden. Soweit feststellbar, ist erst im Jahre 1891 eine solche Klage zur Entscheidung eines höheren Gerichts gelangt[2]) und hat

[1]) Teil I Titel 22 § 19.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 47 Nr. 235.

dort Widerspruch gefunden. Seitdem, insbesondere seit der Novelle von 1898, haben die in Betracht kommenden Fragen des öfteren in der Rechtsprechung und in der Theorie in verschiedenem Sinne Behandlung gefunden.

## § 3.

Die Wissenschaft hat, soweit sie den vorliegenden Fall überhaupt streng von ähnlichen trennt, die Zulässigkeit dieses Klagebegehrens stillschweigend als selbstverständlich angenommen, einen Standpunkt, den wir als die herrschende Meinung bezeichnen können.

Auch Eccius, Falkmann, Stölzel und Willenbücher[1]) lassen unsere Klagen zu, teils ohne jede Begründung, teils mit dem Hinweis auf die bestehende Praxis. Kohler[2]) bezeichnet Erwägungen bezüglich der materiellrechtlichen Seite der Frage als „formalistisch" und „keiner tieferen Betrachtung" standhaltend und sieht ohne weiteres in der Klage auf künftige Leistung den rettenden Ausweg, eine Ansicht, die selbst nach heutigem Recht keineswegs unanfechtbar ist, zur Zeit, als der Aufsatz geschrieben wurde, aber sicherlich noch bedenklicher war, da § 259 ZPO. erst durch die Zivilprozeßnovelle von 1898 geschaffen worden ist.

Häufiger und eingehender haben die Gerichte unsere Frage erörtert, indem sie eine Reihe von Bestimmungen der Zivilprozeßordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Begründung ihrer keineswegs einheitlichen Auffassung heranziehen.

## § 4.

So hat das Oberlandesgericht Hamburg[3]) seine Ablehnung der Klage unter anderem auf § 893 ZPO. gestützt, der Bestimmungen über die Geltendmachung von Interesseansprüchen neben den Maßregeln zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und

---

1) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 140; Falkmann S. 103c Nr. 32; Stölzel, Schulung Bd. 1 S. 373; Willenbücher S. 13.

2) Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 288.

3) Seufferts Arch. Bd. 47 S. 346.

zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen trifft. Die Begründung ist aber nicht stichhaltig. Die Motive[1]) weisen ausdrücklich darauf hin, daß durch den erwähnten Paragraphen die Grundsätze des materiellen Rechts über die Zulässigkeit der Geltendmachung der Interesseforderungen unberührt gelassen werden, und daß durch Abs. 2 nur einmal festgestellt werden soll, daß zulässige Interesseansprüche klageweise geltend gemacht werden müssen, während z. B. die bad. Prozeßordnung dem Gläubiger gestattete, „die Feststellung des Schadens unter Zuziehung von Sachverständigen bei dem Vollstreckungsgericht zu beantragen und die festgestellte Summe ohne weiteres zu exequieren",[2]) und daß ferner für die nach unserem Prozeßrecht erforderliche Klage auf Schadensersatz „wegen ihres Zusammenhanges mit dem vorausgegangenen Rechtsstreit" stets das Prozeßgericht erster Instanz zuständig sein soll.

Aus diesem Paragraphen können also irgendwelche Schlüsse für unseren Fall nicht gezogen werden.

## § 5.

Von wesentlicherer Bedeutung dürfte der Hinweis auf § 283 BGB. sein, den in der Begründung ihrer Urteile die Oberlandesgerichte Posen und Stuttgart machen.[3]) [4])

Die Gerichte ziehen argumento e contrario den Schluß, daß wenn die im § 283 erwähnte Frist nicht gesetzt und daher auch nicht abgelaufen ist, eine gleichzeitige, wenn auch eventuelle Klage auf Herausgabe und auf Schadensersatz nicht statthaft ist. Diese zutreffende Beweisführung berührt die materiellrechtliche Seite der Frage, ist aber, wie auch das Oberlandesgericht Posen ausführt, allein noch nicht imstande, die Unzulässigkeit der Klage zu begründen.

Zu erwähnen wäre in diesem Zusammenhange auch § 255 ZPO. Hier ist dem Kläger die Möglichkeit gewährt, die nach § 283 BGB. erforderliche Fristsetzung durch das Gericht vornehmen zu

[1]) Hahn Bd. 2 S. 468.

[2]) Hahn S. 1001.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 63 S. 95.

[4]) Recht Bd. 16 Nr. 3.

lassen. Zutreffend bezeichnet Siegel[1]) diese Fristbestimmung durch das Gericht als einen „aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Prozeßgericht übertragenen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit". Der Zweck dieser Bestimmung liegt darin, daß der Kläger sich davor schützt, daß der Beklagte der Schadensersatzklage gegenüber, die gegen ihn nach Ablauf der gemäß § 283 BGB. gesetzten Frist angestrengt wird, einwendet, daß die Frist keine angemessene gewesen sei.

Darüber hinaus geht die Bedeutung dieses Paragraphen nicht; Schlüsse auf die Zulässigkeit unserer Klage daraus ziehen zu wollen wäre verfehlt.

Auf die Entstehungsgeschichte des § 255 ZPO. gestützt, hat sich eine Entscheidung des Oberlandesgerichts[2]) Stettin aus dem Jahre 1906 für die Zulässigkeit unserer Klage ausgesprochen.

Das Urteil erwähnt einen Beschluß der 2. Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[3]) Es war bei der Beratung des jetzigen § 255 ZPO. beantragt worden, in einem besonderen Absatz zu bestimmen, daß die Schadensersatzklage gleichzeitig mit dem prinzipalen Anspruch und der Fristsetzung erhoben werden könne. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil die Kommission eine theoretische Streitfrage nicht erledigen zu sollen glaubte, insbesondere da die Praxis die erwähnte Klageverbindung zulasse.

Ebensowenig wie es zu billigen ist, wenn Gaupp-Stein[4]) aus der Ablehnung des erwähnten Antrages die Unzulässigkeit der Verbindung herleitet, ist es andererseits eine schlüssige Beweisführung, wenn das erwähnte Gericht nach zutreffender Würdigung der Kommissionsberatung sich damit begnügt, die Zulässigkeit der Verbindung unter Berufung auf einige Schriftsteller für anerkannten Rechts zu erklären.

## § 6.

Von Wichtigkeit für uns ist der durch die Novelle von 1909 neu eingefügte § 510b ZPO.

Hier ist ein Mittel geschaffen, um mit einer Klage die Ver-

---

[1]) Siegel in JurW. 1910 S. 56.

[2]) OLG. Bd. 13 S. 137.

[3]) Prot. Bd. 1 S. 321.

[4]) Anm. 1 zu § 255.

urteilung zur Vornahme einer Handlung, die Fristsetzung und die Verurteilung zur Zahlung einer Entschädigung für den Fall, daß die Handlung innerhalb der gesetzten Frist nicht vorgenommen wird, zu erreichen.

Zunächst müssen wir aber feststellen, daß eine direkte Anwendung des § 510b für unseren Fall nicht möglich ist, denn durch § 887 Abs. 3 ZPO. wird ausdrücklich die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen unterschieden von derjenigen zur Erwirkung von Handlungen, und nur auf diese bezieht sich § 510b.

Die Bestimmung ist dem § 51 des Gewerbegerichtsgesetzes [1]) und dem § 16 des Kaufmannsgerichtsgesetzes nachgebildet. Sie „gewährt dem Kläger das Mittel gegen den Beklagten, welcher dem Urteil nicht Folge leistet, an Stelle direkter Vollstreckungsmaßregeln den Anspruch auf Schadensersatz ohne Anstellung einer neuen Klage auf dem kürzesten Wege zur Durchführung zu bringen“.[2])

Was folgt aus § 510b für unsere Frage?

Argumento e contrario können wir schließen, daß eine allgemeine Zulässigkeit einer Klage, die Verurteilung zu einer Leistung, Fristsetzung und Verurteilung zu Schadensersatz umfaßt, nicht anzunehmen ist, und daß demnach noch weniger Leistungs- und Schadensersatzklage ohne Fristsetzung möglich ist. Diejenigen aber, die unsere Klage für zulässig halten, sehen in § 510b nichts als eine weitere Vereinfachung einer bereits allgemein gestatteten Art der Klage.[3])

Wenn wir nun erwägen, daß § 510b andersgeartete Fälle mit andersgearteter Vollstreckung umfaßt, so dürfen wir annehmen, daß der Gesetzgeber unsere Frage durch § 510b gar nicht berühren wollte, so daß die Folgerungen, die für die eine oder andere Ansicht aus jenen Bestimmungen gezogen werden, keineswegs geeignet sind, auf Grund anderer Erwägungen gefundene Resultate zu bestätigen oder abzuändern.

---

[1]) Mot. z. GewGG. S. 33.

[2]) Verhandl. d. Reichst. XII. LP. I. Sess. Bd. 246 S. 4572 Aktenst. 735.

[3]) Skonietzki-Gelpcke zu § 510b.

# Zweiter Abschnitt.

## § 7.

Die Bearbeitung, der die zu untersuchende Frage bisher in Theorie und Rechtsprechung unterzogen worden ist, hat Wesentliches zu ihrer Beantwortung nicht beigetragen.

Bevor wir unsererseits in die Betrachtung des erwähnten Klageantrags eintreten, wollen wir ihn abgrenzen gegen eine Reihe ähnlicher Fälle, die in der Literatur häufig Gegenstand ausführlicher Erörterungen geworden sind, die aber für uns ausscheiden müssen.

Zuerst wären in dieser Kategorie die sogen. Eventualklagen zu erwähnen.

Bei diesen handelt es sich um zwei Ansprüche derart, daß das zweite eventuelle Klagebegehren stets „rechtsnotwendig durch Zuerkennung des ersteren seine Erledigung finden muß, daher nur für den Fall der Aberkennung desselben Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung zu werden vermag".[1]

Über die Natur dieser eventuellen Klagen, insbesondere darüber, ob sie als bedingt erhobene Klagen zu gelten haben und als solche unzulässig sind, wird lebhaft gestritten. Aufs engste zusammen hängt damit die Frage, ob hier ein Fall des § 260 ZPO. vorliegt, d. h. ob es sich um die Geltendmachung mehrerer, und zwar selbständiger Ansprüche handelt, oder ob es an dem Begriffsmerkmal der „selbständigen" Ansprüche fehlt.

Anläßlich der Erörterung dieser hier nicht zur Sache gehörigen Fragen ist die Abgrenzung der erwähnten Klagen von solchen, wie es die unserige ist, vorgenommen worden.

Während Wilmowski-Levy[2] die beiden grundverschiedenen Fälle anscheinend nicht auseinanderhält, weist Eccius[3] scharf auf den Unterschied hin und betont, daß unsere Klage keineswegs ein aut-aut enthält, daß mit Zuerkennung des prinzipalen Anspruchs

---

[1] RG. Bd. 18 S. 388.

[2] Wilmowski-Levy 5. Aufl. Anm. zu § 232.

[3] Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 140.

sich der eventuale nicht von selbst erledigt,[1]) sondern daß vielmehr der Richter sowohl über den Hauptvortrag als auch über die sogen. Eventualforderung entscheiden solle; nur für die Vollstreckungsinstanz, nicht für das Urteil, soll eine Eventualität geschaffen werden. Auch Gaupp-Stein[2]) äußert sich in demselben Sinne, und Bucerius[3]) scheidet am Anfang seiner Abhandlung über Eventualanträge Fälle wie den unserigen ausdrücklich aus den angeführten Gründen aus. Dagegen läßt Pünnel,[4]) trotzdem er die Abhandlung von Bucerius zitiert, die eben erörterten Unterschiede unberücksichtigt. Ebenso legt Thiesing[5]) auf diesen Punkt nicht den genügenden Wert.

Wir müssen ferner auf die Unterschiede hinweisen, die unsere Klage von solchen trennt, die auf Leistung „oder" Wertersatz gehen.

Bei diesen lassen sich Bedenken aus der mangelnden Bestimmtheit des Antrages herleiten; er kann nämlich in dreifacher Weise aufgefaßt werden:

1. kann es sich um eine obligatio alternativa handeln,

2. kann der Kläger beabsichtigen, dem Beklagten eine facultas alternativa zu gewähren, und

3. kann es sich um gleichzeitige Einklagung des Anspruchs auf Herausgabe und des an dessen Stelle tretenden Schadensersatzanspruchs handeln.

Sollte eine obligatio alternativa gemeint sein, so kann zwar die Streitfrage, ob ein oder zwei Ansprüche vorliegen, deren wir oben bei den Eventualklagen Erwähnung getan hatten, hier nicht auftauchen, denn wir haben es sowohl im materiellen wie im prozessualen Sinne nur mit einem Anspruch zu tun. Wohl aber könnten schon hier Bedenken bezüglich der nötigen Bestimmtheit des Antrages obwalten. Da aber nach der Gestaltung des bürgerlichen Rechts der Kläger gezwungen ist, die Klage so zu formulieren, weil er sonst dem Wahlrecht, das im allgemeinen dem Schuldner

---

[1]) Ebenso Westendorf S. 25.

[2]) Gaupp-Stein Anm. 2c zu § 260.

[3]) Bucerius in Buschs Zeitschr. Bd. 37 S. 194.

[4]) Pünnel S. 8.

[5]) Thiesing im Recht Bd. 11 S. 119.

zusteht, vorgreifen und sich sein Anspruch als plus petitio kennzeichnen würde, so erscheint ein solcher Antrag einwandfrei. Auch ergibt § 264 BGB. ohne Zweifel, daß Klagen wie die gedachte zulässig sein müssen. Der Gläubiger kann, falls der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung vornimmt, nach seinem Belieben die Vollstreckung auf die eine oder andere Leistung richten; daraus folgt, daß Urteile, die eine obligatio alternativa enthalten, ausgesprochen werden dürfen.

Gewichtiger sind die Bedenken, die aus der Tatsache entstehen, daß der Antrag in dreifacher Weise aufgefaßt werden kann. Hier fehlt vollkommen die Bestimmtheit des Antrages, die § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. als Erfordernis aufstellt; infolgedessen befindet sich der Beklagte in einer mißlichen Lage, da er seine Verteidigung ganz anders zu gestalten hat, wenn im Antrage eine facultas alternativa für ihn enthalten ist, als wenn eine der beiden anderen Möglichkeiten gemeint ist, weil ja im ersten Falle nur seinem Vorteil gedient wird, während ihm sonst vielleicht mehr Verpflichtungen aufgebürdet werden sollen, als der Kläger verlangen kann. Auch für die Vollstreckungsorgane würden aus der Mehrdeutigkeit erhebliche Schwierigkeiten erwachsen.

Für uns scheiden jedoch die Fragen der obligatio oder facultas alternativa vollkommen aus.

Wir haben es vielmehr mit zwei Ansprüchen zu tun, die nach § 260 ZPO. in einer Klage geltend gemacht werden. Wir haben unsere Untersuchung darauf zu richten, ob die Geltendmachung dieser Ansprüche prozessual zulässig ist, und ob sie materiell begründet sind, und zwar haben wir uns ausschließlich mit dem Werterſatzanspruch zu beschäftigen, da die Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs selbstverständlich zwar im konkreten Falle Bedenken materieller oder prozessualer Natur unterliegen kann, für die vorliegende Erörterung aber als zulässig unterstellt werden muß.

# Dritter Abschnitt.

## § 8.

Wenn wir zur prozessualen Prüfung des Schadensersatzanspruchs übergehen, so können zunächst schon Bedenken erwachsen, ob nicht hier eine bedingte Klageerhebung vorliege. Daß eine solche bei der tiefgehend materiellen und prozessualen Bedeutung dieses Aktes „logisch und rechtlich" unmöglich ist, dürfte allgemein anerkannt sein.[1]) Wenn nun diese Tatsache auch zu Zweifeln über die Zulässigkeit eventueller Klagen Anlaß gegeben hat und das Vorhandensein einer bedingten Klageerhebung in solchen Fällen von bedeutenden Schriftstellern behauptet, von anderen wieder geleugnet wird,[1]) so scheint in unserem Falle ein Streit unmöglich.

Beide Klagebegehren werden gänzlich unbedingt erhoben, nur geht der Antrag in seinem zweiten Teil dahin, daß das Urteil einen Inhalt haben soll, der seine Vollstreckbarkeit von dem Eintritt gewisser Tatsachen abhängig macht. Es wird zu erörtern sein, ob nicht aus anderen Gründen dieser Antrag unstatthaft ist. Der Gesichtspunkt der Bedingtheit der Klageerhebung muß jedenfalls ganz außer Betracht bleiben. Die Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg,[2]) das eine solche annimmt, muß daher zurückgewiesen werden.

Weitere Bedenken erwachsen auch in unserem Falle bezüglich der Bestimmtheit des gestellten Antrages. Bevor wir ihn nach dieser Richtung prüfen, wollen wir uns erst Klarheit über den Zweck, den der Gesetzgeber mit den betreffenden Bestimmungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. verfolgt hat, verschaffen.

Die Motive und Protokolle enthalten darüber nichts. Es dürfte angebracht sein, der ratio legis eine doppelte Deutung zu geben.

---

[1]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 140; Bucerius a. a. O. S. 194; Kleinfeller S. 293; Gaupp-Stein Anm. 2c zu § 260; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 16 S. 505; Reincke-Wienstein Anm. c zu § 260; Wilmowski-Levy Anm. 6 zu § 230 a. F.; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 466.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 47 S. 346.

Einmal soll der Beklagte wissen, was von ihm verlangt wird, um danach seine Verteidigung einrichten zu können, und zweitens soll durch den bestimmten Antrag eine feste Grundlage für die gerichtlichen Verhandlungen in allen Instanzen und nicht zuletzt auch für die Vollstreckung geschaffen werden.

Zunächst stellen wir fest, daß im allgemeinen allein deswegen, weil einem Antrag eine Bedingung beigefügt ist, die Bestimmtheit nicht verneint zu werden braucht. Dem Zweck des Gesetzes wird trotzdem vollauf Genüge getan. Weder wird der Beklagte in Unklarheit darüber gelassen, was von ihm verlangt wird, noch entstehen für die Vollstreckung Schwierigkeiten, da ja nach § 726 ZPO. dem Vollstreckungsorgan die vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt wird, wenn der Eintritt der Tatsache, von der die Vollstreckung abhängt, durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Daß auch der Gesetzgeber in solchen Fällen nichts gegen den Sinn des § 253 Abs. 2 Nr. 2 Verstoßendes gefunden hat, beweist gerade das Vorhandensein des erwähnten § 726.

Und doch werden wir in unserem Falle auf Schwierigkeiten stoßen, wenn wir nämlich die Frage erörtern: Wann kann mit der Vollstreckung bezüglich der Geldforderung begonnen werden?

## § 9.

Folgerichtig wird man sagen, daß zunächst die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe beendet sein muß. Der Gerichtsvollzieher wird zunächst gemäß § 883 ZPO. dem Schuldner die Sache wegzunehmen suchen. Gelingt ihm dies nicht, so sind damit jedoch die Zwangsmittel noch nicht erschöpft.

Wenn Levy[1]) der Ansicht ist — und auch Kohler[2]) äußert sich in demselben Sinne —, daß „die dem Gläubiger nach einem vergeblichen Versuch der Vollstreckung verliehenen weiteren gesetzlichen Zwangsmittel lediglich zu dessen Gunsten bestimmt sind, indem sie dazu dienen sollen, die Hartnäckigkeit des Schuldners zu überwinden oder den Verdacht derselben zu beseitigen", und

---

[1]) Levy in Gruchots Beitr. Bd. 36 S. 35.

[2]) Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 288 Anm. 2.

daraus den Schluß zieht, daß die Anwendung dieser Mittel nicht erforderlich ist, um den Beweis der Vergeblichkeit der Zwangsvollstreckung zu erbringen, so ist dem nicht beizupflichten.

Das Gesetz wollte eine Skala von Mitteln zur Durchführung des ausgeklagten Anspruchs gewähren. Dem Schuldner, der die Sache nicht freiwillig herausgibt, soll sie gewaltsam entrissen werden. Wer sich der Wegnahme zwar nicht körperlich widersetzt, aber im Verdacht steht, sie durch das Beiseitebringen des geschuldeten Gegenstandes unmöglich zu machen, der soll, wenn er sich von dem Verdacht nicht durch Ableistung des Offenbarungseides reinigt, nach § 901 ZPO. in Haft genommen werden; formell, weil er grundlos den Eid verweigert, tatsächlich aber, um ihn, der den Eid aller Voraussicht nach nicht leistet, weil er damit einen Meineid begehen würde, zu einer Angabe darüber zu veranlassen, wo sich die herauszugebende Sache befindet.

Erst wenn auch dieses Mittel nicht zum Ziele geführt hat, wird man die Vollstreckung als vergeblich bezeichnen können.[1])

Wenn nun der Kläger seinen für den Fall der Nichtherausgabe geltend gemachten Schadensersatzanspruch so wie vorstehend aufgefaßt haben will, so ist der Antrag als genügend bestimmt anzusehen. Es ist aber ausgeschlossen, daß er ihn so verstanden wissen wollte, denn einmal würde ihm die Haftvollstreckung, deren Kosten er monatlich nach § 911 ZPO. vorauszuzahlen hat, recht erhebliche Ausgaben verursachen, vor allem aber müßte er sechs Monate verstreichen lassen, denn solange darf nach § 913 die Haft ausgedehnt werden, ehe er den zweiten Teil des Urteils vollstrecken lassen könnte. Unsere Gesetze geben ihm aber im § 283 BGB. und § 255 ZPO. einen Weg, der ihm zwar die Kosten der zweiten Klage nicht erspart, ihn aber trotzdem ganz unverhältnismäßig viel schneller und billiger zum gewünschten Ziele führt, indem auf seinen Antrag der Richter in dem Urteil, das die Herausgabepflicht ausspricht, eine Frist festsetzt, die meistens sehr erheblich kürzer als sechs Monate sein dürfte, nach deren Ablauf der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen kann.

---

[1]) Ebenso Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 140.

Der Wille des Klägers ist daher sicherlich ein anderer, der zwar den erwähnten Zeit- und Geldverlust zu vermeiden geeignet ist, dafür aber nach anderer Seite bedenklich erscheint.

Der Kläger will nicht die Durchführung der Vollstreckung bis zum äußersten. Wie weit aber soll gegangen werden? Soll der Gerichtsvollzieher den Beklagten nur zur Herausgabe auffordern und, wenn dieser sie verweigert, sofort das Interesse pfänden, ohne erst den Versuch zu machen, den Streitgegenstand gewaltsam wegzunehmen, oder soll die Vollstreckung bezüglich der Geldforderung erst ihren Anfang nehmen, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache nicht vorgefunden hat?

Der Antrag gibt keine Antwort auf diese Frage. Es fehlt ihm also die nötige Bestimmtheit, und zwar wird hier im wesentlichen gegen den Zweck des Gesetzes insoweit verstoßen, als dieses für das Vollstreckungsorgan Klarheit schaffen will.

Es besteht für den Gerichtsvollzieher die dringende Gefahr, entweder dem Schuldner gegenüber seine Befugnisse zu überschreiten oder den ihm vom Gläubiger erteilten Auftrag nicht ordnungsgemäß zu erfüllen; denn wenn wir die erste obenerwähnte Möglichkeit unterstellen, so darf er zwar die Herausgabe des eingeklagten Gegenstandes verlangen, es ist ihm aber nicht gestattet, ihn mit Gewalt wegzunehmen, vielmehr muß er bei Weigerung des Schuldners von diesem den beanspruchten Werterſatz nach den Regeln der Zwangsvollstreckung zu erhalten suchen. Trifft dagegen die zweite Möglichkeit zu, so muß er gerade die Herausgabe des Klageobjektes mit Gewalt erzwingen und darf bezüglich der Ersatzforderung nur vollstrecken, wenn er jenes nicht vorfindet.

Eine weitere Streitfrage bezüglich der Vollstreckung möge hier noch Erörterung finden, die von Wichtigkeit für diejenigen ist, die entgegen unserer Ansicht die Klage für einwandfrei halten.

Wie ist die Vollstreckungsklausel zu erteilen, sind die §§ 726 und 730 ZPO. zur Anwendung zu bringen?

Während Eccius[1]) ausführt, daß die Vollstreckungsklausel bezüglich des bedingten Teils erst erteilt werden darf, wenn der Eintritt der Bedingung in der durch § 726 ZPO. vorgeschriebenen

[1]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 140.

Form vom Gläubiger bewiesen ist, und auch Kohler[1]) diesen Weg ohne Bedenken für richtig erklärt, weisen Gaupp-Stein,[2]) Petersen,[3]) Seuffert[4]) und Levy[5]) darauf hin, daß § 726 hier keine Anwendung finden könne, da unter den dort genannten Tatsachen nicht solche zu verstehen sind, deren Eintritt im Vollstreckungsverfahren selbst erfolgt, und daß demnach das ganze Urteil bezüglich der sogen. prinzipalen und eventuellen Leistung gleichzeitig mit der Vollstreckungsklausel versehen werden kann.

Bevor wir uns entscheiden, welcher Ansicht beizupflichten ist, wollen wir uns den Zweck der Bestimmung des § 726 ZPO. vergegenwärtigen.

Während nach bayrischem[6]) und hannöverschem[7]) Prozeßrecht der Gerichtsvollzieher selbst die Vollstreckbarkeit des Urteils zu prüfen hatte, geht die Begründung unseres Gesetzes davon aus,[8]) daß „nach der Befähigung des im allgemeinen zu Gebote stehenden Personals" und in Anbetracht dessen, daß nach unserem Recht die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit wegen des Suspensiveffekts der Rechtsmittel schwerer zu erkennen sind als nach französischem und bayrischem Recht, dem Gerichtsvollzieher jede Prüfung der Voraussetzungen genommen sein soll.

Der Zweck der Bestimmung geht aus diesen Sätzen der Motive deutlich hervor.

Wir werden also zu prüfen haben, ob auch bei einer Tatsache, deren Eintritt bei der Vollstreckung selbst erfolgt, noch Schwierigkeiten entstehen können, deren Entscheidung durch den Gerichtsvollzieher aus den oben gekennzeichneten Gründen bedenklich sein könnte.

Wenn nur klar bestimmt ist, welche Tatsache eintreten muß — das ist bei unserer Klage allerdings nicht der Fall —, so ist

---

[1]) Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 288.

[2]) Gaupp-Stein Anm. 2 zu § 726.

[3]) Petersen Anm. 2 zu § 726.

[4]) Seuffert Anm. 1b zu § 726.

[5]) Levy a. a. O. S. 35.

[6]) Art. 288, 290, 291 der bayr. Prozeßordnung.

[7]) §§ 528—543 der hannov. Prozeßordnung.

[8]) Hahn Bd. 2 S. 433.

nicht ersichtlich, zu welchem Ende erst noch der Gerichtsschreiber und nach § 730 ZPO. sogar der Vorsitzende in Tätigkeit treten sollen. Ein Vorgang, der bei der Vollstreckung sich ereignet, also vor den Augen des Gerichtsvollziehers, kann wohl von niemand besser und schneller festgestellt werden als gerade von diesem. Die öffentliche Urkunde, die nach § 726 erforderlich wäre, müßte zudem auch vom Gerichtsvollzieher oder auf dessen Aussagen angefertigt werden.

Die Anwendung des § 726 erscheint demgemäß in Fällen wie der unserige, nicht am Platze. Es unterliegt keinem Bedenken, ein Urteil, das auf Herausgabe und für den Fall, daß bei der Vollstreckung eine bestimmte Tatsache eintritt, auf Zahlung einer bestimmten Summe geht, in seinem ganzen Umfange mit der Vollstreckungsklausel zu versehen. Die obenerwähnte Ansicht von Eccius scheint weder nach theoretischen noch nach praktischen Gesichtspunkten richtig.

## § 10.

Die Untersuchung über die prozessuale Zulässigkeit des Klageantrags hat ergeben, daß diesem bezüglich des zweiten Begehrens die erforderliche Bestimmtheit fehlt und er daher insoweit unzulässig ist.

Wir können nun zwar Gaupp-Stein[1]) und Seuffert[2]) nicht beipflichten, wenn sie ohne Einschränkung annehmen, daß die Vorschriften des § 253 Abs. 2 nur im Interesse des Beklagten gegeben sind, und daß daher ihre Verletzung gemäß § 295 Abs. 1 vom Richter nicht zu beachten ist, wenn der Beklagte die Rüge unterläßt; wir glauben vielmehr den Beweis geführt zu haben, daß auch für das Gericht und insbesondere für die Vollstreckung der bestimmte Antrag von weittragendster Bedeutung ist.

Wir halten daher im Gegensatz zu den Genannten daran fest, daß ein Mangel bezüglich des erwähnten Punktes[3]) von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

---

[1]) Gaupp-Stein Anm. 4 zu § 253.

[2]) Seuffert Anm. 5b zu § 253.

[3]) Ebenso Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 56; Skonietzki-Gelpcke Anm. Bb zu § 253; Seufferts Arch. Bd. 44 S. 226.

Trotzdem wird sich eine Prozeßabweisung bezüglich des zweiten Teils des Antrags in den meisten Fällen vermeiden lassen; denn der Richter wird gemäß der ihm nach § 139 ZPO. obliegenden Pflicht den Kläger auf die vorliegenden Bedenken aufmerksam machen, und diesem wird die Änderung des Klageantrags zur Herstellung der verlangten Bestimmtheit zu gestatten sein. Die gesetzliche Handhabe dafür bietet § 268 Nr. 1 u. 2 ZPO.; unter die dort angeführten Fälle können auch die an unserem Klageantrage vom Kläger vorzunehmenden Berichtigungen gerechnet werden. Sollte jedoch eine wirkliche Klageänderung vorliegen, was unseres Erachtens nicht der Fall ist, so würde § 264 ZPO. trotzdem meistens eine solche Änderung zulassen. Ob der Beklagte allerdings in die beabsichtigte Änderung willigen wird, läßt sich nicht vorhersagen, wohl aber wird man annehmen können, daß in der Regel in dem beabsichtigten Tun des Klägers keine wesentliche Erschwerung der Verteidigung liegen wird. Die Annahme einer Klageänderung wäre allerdings insofern für den Kläger ungünstiger, als unter dieser Voraussetzung in der Berufungsinstanz gemäß § 527 ZPO. nur mit der Einwilligung des Beklagten die Klarstellung des Antrages möglich wäre.

Durch das Fragerecht des Richters und die Bestimmungen des § 268 ZPO. wird es also dem Kläger ermöglicht, seine fehlerhafte Klage zu verbessern; tut er das nicht, obgleich er vom Richter auf die Verletzung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 aufmerksam gemacht worden ist, so wird man eine Härte darin nicht zu sehen haben, daß eine Abweisung der Klage erfolgt; man wird das im Gegenteil sogar billigen, da unter diesen Umständen anzunehmen ist, daß der Kläger absichtlich unklar geblieben ist.

## Vierter Abschnitt.

### § 11.

Wir treten nunmehr in die Prüfung der materiellrechtlichen Seite des Werterſatzanspruchs ein. Dieser gründet sich nicht etwa auf eine unerlaubte Handlung oder sonst eine Tatsache, die ohne notwendige Beziehung zu dem Herausgabeanspruch steht, es handelt

sich vielmehr um einen Schadensersatzanspruch, der an Stelle des Herausgabeanspruchs geltend gemacht werden soll.

Hätte sich der Beklagte den Besitz der herauszugebenden Sache durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung verschafft, so könnten allerdings bezüglich eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 992 BGB. die Vorschriften über unerlaubte Handlungen zur Anwendung kommen, und zwar könnte die Klage sowohl auf Abs. 1 als auf Abs. 2 des § 823 gestützt werden. Das letztere rechtfertigt sich daraus, daß sowohl § 858 BGB. als auch die hier etwa in Betracht kommenden Paragraphen des Strafgesetzbuchs — Diebstahl, Raub, Unterschlagung und ähnliches — zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 zu rechnen sind.

Unsere Erörterung soll sich jedoch lediglich mit dem Schadensersatzanspruch beschäftigen, der für den Kläger an Stelle des Herausgabeanspruchs tritt.

Nun bietet aber das Gesetz in so allgemeinem Umfange einem solchen Anspruch keine Unterlage. Der Besitzer haftet dem Eigentümer erst dann, wenn infolge seines Verschuldens die herauszugebende Sache verschlechtert oder die Herausgabe ganz unmöglich ist, eine Haftung, die für den gutgläubigen Besitzer mit der Rechtshängigkeit, für den bösgläubigen schon mit dem Besitzerwerb beginnt.

Eine fällige Schadensersatzforderung — und eine solche wäre erforderlich, wenn der Kläger ohne jede Einschränkung die Zahlung einer Geldsumme verlangen würde — ist daher nicht vorhanden.

## § 12.

Es ist also für die weitere Untersuchung von Wichtigkeit, festzustellen, ob nur die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zurzeit nicht angängig ist, oder ob dieser Anspruch selbst noch gar nicht entstanden ist.

Es wird zu diesem Zwecke erforderlich sein, den Begriff Anspruch und seine Definition, die der § 194 BGB. gibt, näher zu betrachten.

Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

Von einer großen Zahl von Schriftstellern[1]) wird nun die Ansicht vertreten, die, wie zuzugeben ist, dem Wortlaut des Gesetzes zu entsprechen scheint, daß ein Anspruch erst dann vorhanden ist, wenn die Forderung fällig ist, wenn die Befugnis besteht, „von einem anderen sofortiges Tun oder Unterlassen zu verlangen".

Wenn man jedoch bedenkt, daß das Gesetz selbst an verschiedenen Stellen von Ansprüchen redet, deren Geltendmachung dauernd ausgeschlossen ist,[2]) so wird man der strengen Wortauslegung des § 194 nicht zustimmen können. Folgerichtig muß dem Recht,[3]) die Leistung zu fordern, die Pflicht, sie zu erfüllen, gegenüberstehen, die also eine Weigerung der Leistung ausschließen müßte. Da nun aber gerade die Einrede ein Leistungsverweigerungsrecht darstellt, wäre das Vorhandensein eines Anspruchs in solchen Fällen zu verneinen. Da diese Auffassung nun aber wieder mit den §§ 813 Abs. 1 u. 886 in Widerspruch stände, kann sie die richtige Auffassung des Gesetzes nicht enthalten.

Wir schließen uns also der Ansicht derer an, die die Entstehung des Anspruchs mit der Entstehung der Forderung zusammenfallen lassen. Eine Reihe von Schriftstellern[4]) geht sogar so weit, den Begriff „Anspruch" durch den Begriff „Forderung" ersetzen zu wollen; besonders ausführlich erbringt Fischer a. a. O. den Beweis für die Möglichkeit und Nützlichkeit eines solchen Vertauschens der beiden Begriffe. „Soweit das Gebiet des Obligationenrechts in Betracht kommt, ist überhaupt kein Unterschied zwischen Anspruch und Forderung zu konstatieren." Da nun

---

[1]) Cosack Bd. 1 § 74 III; Crome Bd. 1 § 35 S. 180; Enneccerus Bd. 1 § 124 S. 280; Kohler, Lehrb. Bd. 1 § 55 S. 177; Neumann Bd. 1 § 198 Nr. 1 S. 187.

[2]) §§ 813 Abs. 1, 886 BGB.

[3]) Langheineken S. IV.

[4]) Hellwig, Anspruch S. 7; Langheineken S. 21; Planck Bd. 1 S. 52; Endemann Bd. 1 § 90 Abs. 3; Hölder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 141; Fischer S. 64ff., 89; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 194; Neumann Anm. 1 zu § 194.

keineswegs eine Forderung stets im Augenblick der Entstehung auch fällig ist, so werden wir den Begriff der gegenwärtigen Ansprüche auf künftige Leistung anerkennen dürfen.[1])

Zu einer Ablehnung des Vorhandenseins des Schadensersatzanspruchs aus dem Grunde, weil Anspruch das Recht auf sofortige Leistung bedeutet und ein solches im vorliegenden Falle zweifellos nicht vorliegt, brauchen wir also nicht zu kommen.

Es ist aber ohne weiteres klar, daß selbst nach der weitgehendsten Definition des Anspruchs ein existentes Forderungsrecht vorhanden sein muß.

Wenn nun der Begriff des gegenwärtigen Anspruchs auf künftige Leistung schon nicht ohne weiteres auf alle bedingten Forderungen angewendet werden kann, da es hier bereits zweifelhaft sein kann, ob nur die Geltendmachung oder auch die Entstehung der Forderung hinausgeschoben sein soll, so werden wir das Vorhandensein eines Anspruchs in unserem Falle zweifellos abzulehnen haben, wenn wir dartun können, daß eine Forderung auch unter dem Gesichtspunkt der durch Bedingung hinausgeschobenen Geltendmachung nicht vorliegen kann.

Wenn wir uns der Frage zuwenden, ob wir in unserem Falle von einer Bedingung sprechen können, so dürfen wir diesen Begriff nicht etwa nach der Bedeutung, die ihm im täglichen Leben gegeben wird, beurteilen, sondern wir müssen uns an den technischen Begriff halten.

Danach ist die Bedingung eine rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung eines Rechtsgeschäftes ganz oder teilweise von dem Eintritt oder Nichteintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses abhängig ist.

Unser Fall liegt nun so, daß die Schadensersatzpflicht „bedingt“ durch verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe sein müßte. Nach der eben gegebenen Definition kann hier von einer Anwendung des Wortes im technischen Sinne nicht die Rede sein. Ein Rechtsgeschäft liegt nicht vor, das Ereignis, von dessen Eintritt die Schadensersatzpflicht abhängt, ist keine wahre Be-

---

[1]) Langheineken S. 21.

dingung, sondern eine condico iuris, es bildet die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der betreffenden Gesetzesbestimmung.

Auch das Reichsgericht hat in mehreren Entscheidungen[1]) auf die Unmöglichkeit der Ausdehnung des Begriffs der Bedingung über den technischen im Sinne des § 158 BGB. hinaus hingewiesen.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Förster,[2]) der der Ansicht ist, daß der Anspruch von Anbeginn an auf Leistung oder Entschädigung geht, und daß „nach beiden Richtungen hin der Anspruch mit Eintritt der durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zeit fällig wird".

Auch Hellwig[3]) scheint die Bedingtheit der Forderung nicht in dem oben festgestellten Sinne zu verstehen. Er spricht von der Klage auf eine „Ersatzleistung, die geschuldet werden wird, wenn die erste ausbleiben sollte", und nennt dies eine Klage aus „einer aufschiebend bedingten Forderung, die nach Eintritt der Bedingung an die Stelle des ersten Anspruchs tritt".[4])

Die Schadensersatzforderung kann also auch unter dem Gesichtspunkt der Bedingtheit nicht als vorhanden erachtet werden, ein Anspruch auf Schadensersatz liegt daher nicht vor, sondern er wird vielmehr erst zur Entstehung gelangen, wenn die Herausgabe des verlangten Gegenstandes sich als unmöglich zeigen und die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten sein sollte.

Wir haben gesehen, daß die Klage auf augenblickliche Leistung des Schadensersatzes keinen Erfolg haben kann. Es soll nun geprüft werden, ob nicht unter dem Gesichtspunkt der Klage auf künftige Leistung ein für den Kläger günstiges Ergebnis sich herausstellen kann.

Da von der Beantwortung dieser Frage die Entscheidung des Falles abhängig ist und gerade über die Tragweite der in

---

[1]) RG. Bd. 49 S. 372, Bd. 58 S. 140.

[2]) Förster in Buschs Zeitschr. Bd. 8 S. 134.

[3]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 377.

[4]) Daß er nicht nur Bedingungen im technischen Sinne im Auge hat, ergibt unzweifelhaft das in Anm. 79 angeführte Beispiel.

Betracht kommenden Bestimmungen ein lebhafter Streit herrscht, so dürfte es angebracht sein, die Untersuchung auch auf die historische Entwicklung dieser Klage zu erstrecken.[1])

# Fünfter Abschnitt.

## § 13.

Das römische Recht hält die Klage auf künftige Leistung für unzulässig.

Diese Ansicht kann man allerdings nicht auf die bekannte Bestimmung stützen, daß wer vor Verfallszeit Klage erhebt, wegen plus petitio tempore abgewiesen wird.[2]) Denn an jener Stelle wird nur der eigentlich selbstverständliche Satz ausgesprochen, daß die Klage auf sofortige Leistung abgewiesen werden muß, wenn diese erst später geschuldet wird.

Auch l. 4 § 5 D. 42, 1, aus der man allerdings schließen könnte, daß Klagen auf künftige Leistung zulässig wären, kommt für unsere Erörterung nicht in Betracht, denn dieses Fragment bezieht sich auf die vom Richter oder vom Gesetz gewährten Zahlungsfristen, die jedoch erst mit der Fälligkeit zu laufen beginnen.[3])

Wohl aber wird für das Legisactionen-Verfahren durch den Satz Nulla legis actio prodita est de futuro[4]) unsere Ansicht über die Unzulässigkeit der Klagen auf künftige Leistung bewiesen.

Auch in den Digesten finden sich Stellen, aus denen man in dieser Richtung Schlüsse ziehen kann, so insbesondere l. 9 pr. D. 12, 1 und l. 35 D. 5, 1. In scheinbarem Widerspruch mit diesen Fragmenten steht l. 40 D. 9, 2. Hier findet in der Tat eine Verurteilung zur Leistung nach Eintritt der Bedingung statt. Es handelt sich um folgenden Fall: Eine Urkunde über eine bedingte Forderung ist vernichtet worden, in diesem Falle soll mittels der

---

[1]) Moos S. 9 ff.; Tuteur S. 3 ff.

[2]) Inst. 4, 6 § 33 b.

[3]) Degenkolb S. 281 ff.

[4]) Fragmenta vaticana § 49.

lex Aquilia eine sofortige Verurteilung des Beklagten zur Leistung nach Eintritt der Bedingung gegeben sein. Äußerlich liegt eine Verurteilung auf künftige Leistung vor; seinem Wesen nach bedeutet aber dieses Urteil nur die Beseitigung der für den Kläger durch die Vernichtung der Urkunde entstandenen gegenwärtigen Rechtsunsicherheit. Der gegenwärtige Eingriff in die Rechtssphäre des Beklagten ist es, der den Gesetzgeber veranlaßt, die Klage zuzulassen. Der eigenartige Tatbestand verbietet es, aus dieser Stelle verallgemeinernde Schlüsse zu ziehen.

Zuzugeben ist allerdings für die spätere Zeit, daß die Fälligkeit nicht mehr stets bei der litis contestatio, sondern erst bei der Urteilsfällung vorhanden zu sein braucht; l. 3 § 2 D. 13, 6 ergibt, daß der letztere Zeitpunkt wenigstens bei bonae fidei iudiciis für maßgebend erachtet wird.

Das negative Resultat, zu dem wir bezüglich der Zulässigkeit der Klagen auf künftige Leistung gekommen sind, erscheint keineswegs unbillig, wenn wir bedenken, daß der Prätor in der Lage war, ex iusta causa bei allen bonae fidei iudiciis vor der Fälligkeit Kautionsleistung anzuordnen.[1])

## § 14.

Auch im gemeinen Recht wird grundsätzlich an dem Erfordernis der Fälligkeit des geschuldeten Anspruchs festgehalten; dagegen werden Präjudizialklagen auf Anerkennung und Feststellung der Verpflichtung zu künftigen Leistungen zugelassen, und zwar zunächst bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen in Verbindung mit der Geltendmachung fälliger Leistungen, später allgemein, unter der Voraussetzung, daß der Beklagte das künftige Recht des Klägers ableugnet.[2])

Die Frage, ob es zur Verurteilung genüge, wenn die eingeklagte Forderung zwar noch nicht bei der Klageerhebung, wohl aber zur Zeit der Urteilssprechung fällig ist, wird nicht ohne

---

[1]) l. 41 D. 5, 1.

[2]) c. 1, C. 6, 42; Bartolus tom. I p. 397 ad l. 35 D. 5, 1; Pfeiffer im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 37 S. 260; Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 27.

Zögern bejaht; eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts Jena aus dem Jahre 1835 steht sogar auf ablehnendem Standpunkt.[1]) Während manche Entscheidungen die Frage bejahen, ohne zur Begründung andere Argumente[2]) als den Hinweis auf die Zweckmäßigkeit anzuführen, versucht das Oberappellationsgericht[3]) zu Lübeck eine wirkliche Begründung zu geben, da es in Anbetracht der vielen anscheinend entgegenstehenden Pandektenstellen und der meist ablehnenden Stellung der Wissenschaft den Hinweis auf die Zweckmäßigkeit für unzureichend hält. Vermittels Analogie mit einer großen Anzahl Quellenstellen kommt das Gericht zur Entscheidung, daß bezüglich betagter Forderung das Eintreten der Fälligkeit bis zur Urteilssprechung genügt, und erwähnt dabei, daß das Oberappellationsgericht zu Lübeck häufig in diesem Sinne entschieden hat.

Wir dürfen daher annehmen, daß die Praxis die Fälligkeit der Forderung zur Zeit der Urteilssprechung für ausreichend gehalten hat.

Im gemeinen Recht war ebenso wie im römischen ein besonderes Bedürfnis nach Zulassung von Klagen auf künftige Leistung nicht vorhanden, da der Anspruch auf Sicherheitsleistung ex iusta causa bei bedingten und betagten Rechten durchaus anerkannt war.[4])

Für die weitere Entwicklung bedeutsam ist es, daß als iusta causa besonders eine Gefährdung der Rechtsverwirklichung durch Verschulden des Verpflichteten angesehen wird, während Vermögensverfall keine Berücksichtigung findet.[5])

## § 15.

Eine vom gemeinen Recht abweichende Entwicklung nahm das preußische Recht.

Zwar enthält das allgem. Landrecht Teil I Titel 16 § 55 den

---

[1]) Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 156.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 3 Nr. 204.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 3 Nr. 290.

[4]) Seufferts Arch. Bd. 4 Nr. 196.

[5]) Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 190.

für das gemeine Recht festgestellten Grundsatz der Unzulässigkeit der Klagen auf künftige Leistung, doch ist für gewisse Gebiete, insbesondere für die Kündigungsklage, eine andere Regelung getroffen.

Durch die Bestimmung der allgem. Gerichtsordnung Teil I Titel 28 §§ 4 u. 16 sowie durch verschiedene Ministerialreskripte[1]) wird es erwiesen, daß der Gläubiger in den dort berührten Fällen die Befugnis hatte, schon vor der Verfallzeit seine Forderung einzuklagen und ein Urteil zu erwirken, das nicht nur Feststellungsurteil ist, sondern das die Verurteilung zur Leistung bei Fälligkeit ausspricht und mittels Zwangsvollstreckung durchgeführt werden kann.

Eine allgemeine Anerkennung haben aber die Klagen auf künftige Leistung auch im preußischen Recht nicht gefunden. Jedoch war den Bedürfnissen des Lebens dadurch Rechnung getragen, daß das materielle Recht[2]) den Gläubiger ermächtigte, in gewissen Fällen der Gefährdung seiner Ansprüche durch das Verhalten des Schuldners, oder wenn gewisse Anzeichen für den Vermögensfall vorlagen, sofortige Leistung zu verlangen, auch wenn die bestimmte Frist noch nicht abgelaufen war.

## § 16.

Einen neuen Abschnitt in der Entwicklung der Klage auf künftige Leistung bedeutet die Zivilprozeßordnung v. 30. 1. 1877.

Die Zivilprozeßordnung erkannte zwar in ihrem § 231 a. F. die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen vor Fälligkeit durch Feststellungsklage an, ordnete auch in den §§ 648 Nr. 6, 672 u. 664 a. F. die Voraussetzungen, unter denen eine Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf künftige Leistung möglich sein sollte, überließ es aber dem materiellen Recht, zu bestimmen, wann eine solche Klage erhoben werden kann,[3]) so daß für diese Frage das Landesrecht weiter galt. Die von Wach[4]) gegen das Fort-

[1]) JMBl. 1839 S. 105.
[2]) ALR. I, 11 §§ 759 u. 760.
[3]) Hahn Bd. 2 S. 255 ff.
[4]) Wach, Feststellungsanspruch S. 45.

bestehen der preußischen Kündigungsklage als einer landesrechtlichen Rechtsnorm gerichteten Ausführungen finden darin ihre Begründung, daß Wach die Kündigungsklagen als Feststellungsklagen auffaßt; von diesem Standpunkt aus wäre allerdings im Hinblick auf § 231 a. F. ZPO. und den im Art. 2 RV. enthaltenen Satz: „Reichsrecht bricht Landrecht" die Anwendung von Landesrecht ausgeschlossen.

Die Wissenschaft brachte nun zwar immer klarer die prozessuale Natur des Klagerechts zutage und betonte, daß die Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwar im Zusammenhang mit dem materiellen Recht stehe, aber nicht Gegenstand desselben sei; insbesondere Wachs Lehre vom publizistischen Rechtsschutzanspruch, so anfechtbar sie auch sein mag, und seine Ansicht über den Feststellungsanspruch regte die Erörterung dieser Fragen immer von neuem an; trotzdem behandelte der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, also wiederum das materielle Recht, das Gebiet der Klagen auf künftige Leistungen. Erst die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs beschloß, diese Bestimmung in die Zivilprozeßordnung aufzunehmen,[1]) wo jetzt die verschiedenen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung besonders hervorgetretenen Fälle in den §§ 257 u. 258 geordnet sind, während § 259 unter gewissen Voraussetzungen allgemein die Klage auf künftige Leistung zuläßt.

## § 17.

Für unseren Fall kommen nur die Bestimmungen des § 259 in Frage.

Bevor wir seinen Inhalt genau untersuchen, wollen wir, um den richtigen Ausgangspunkt für die Beantwortung der etwa sich ergebenden Fragen zu gewinnen, uns die ratio legis vor Augen führen.

Die Aufgabe des Zivilprozeßrechts ist es, „die Mittel zu dem Zweck zu schaffen, den aus der Privatrechtsordnung sich ergebenden konkreten Rechtszustand mit der vollen Autorität der höchsten

---

[1]) Prot. Bd. 1 S. 244 ff.

Staatsgewalt bindend festzustellen und das befriedigungsbedürftige Recht zu realisieren".[1])

Für unsere Zwecke haben wir besonders die „Realisierung der befriedigungsbedürftigen Rechte" ins Auge zu fassen.

Das Prozeßrecht wird seiner Aufgabe am besten gerecht, wenn es in denkbar vollkommenster Weise dafür sorgt, daß jeder privatrechtliche Anspruch im Augenblick, wo er das Recht auf sofortige Leistung bildet, auch sich durchsetzen kann. Das ist aber nicht dadurch zu erreichen, daß nur fällige Forderungen gerichtlich geltend gemacht werden können; mag auch in jeder Hinsicht für die Beschleunigung der Prozesse gesorgt werden, es wird stets ein Zeitverlust entstehen, der eine Beeinträchtigung des Berechtigten bedeutet.

Wie bereits in dem geschichtlichen Überblick erwähnt, hatte es die Praxis des gemeinen Rechts zugelassen, daß die Verurteilung des Beklagten auch dann erfolgen dürfe, wenn die Fälligkeit der Forderung zwar noch nicht bei der Klageerhebung, jedoch zur Zeit der Urteilsfällung vorhanden sei. Auf diesem Wege war ein möglichst frühzeitiger Schutz des Berechtigten geschaffen worden. Um nun Zufälligkeiten bezüglich des Zeitpunktes der Entscheidung kein ausschlaggebendes Gewicht für den Ausgang im Prozesse zu geben, hat der Gesetzgeber für gewisse Kategorien von Begehren in den §§ 257, 258 ZPO. die Klage vor Fälligkeit zugelassen.

Eine weitere Verallgemeinerung dieser Bestimmung hätte einen anderen Fundamentalsatz unseres Prozeßrechts ins Wanken gebracht, nämlich, daß Gläubiger und Schuldner grundsätzlich gleichberechtigt sind.

Wir müssen weiter in Betracht ziehen, daß die Rechte des Gläubigers nicht nur durch den Zeitverlust, den die Durchführung eines Prozesses mit sich bringt, beeinträchtigt werden können. Vielmehr kann für den Gläubiger auch dadurch ein Bedürfnis entstehen, schon vor der Fälligkeit zu klagen, daß es zweifelhaft wird, ob seine Forderung später Befriedigung finden wird.

---

[1]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 2.

Wir können uns Förster[1]) nicht anschließen, wenn er behauptet, daß der Kläger erst dann in seinen Rechten beeinträchtigt werden kann, wenn die Forderung fällig ist. Wir geben zu, daß in diesem Zeitpunkt die Gefahr und die Möglichkeit der Beeinträchtigung am größten ist, müssen aber daran festhalten, daß eine solche Situation auch schon vor der Fälligkeit eintreten kann. Das erkennt unsere Rechtsordnung auch durch die Bestimmungen über Arrest und einstweilige Verfügung an. Aus § 916 Abs. 2 ZPO. ergibt es sich, daß der Gesetzgeber auch noch nicht fälligen Ansprüchen einen Vermögenswert beimißt und ihnen Rechtsschutz angedeihen lassen will, wenn der Berechtigte in seinem vorläufig allerdings noch nicht umfangreichen Rechtsgenuß beeinträchtigt wird

Aufgabe des Gesetzgebers war es, auch für diesen Fall einen Mittelweg zu finden, der einerseits den Schuldner nicht über seine wahren Verpflichtungen hinaus ohne Grund beschwert und der andererseits den Gläubiger vor Beeinträchtigung seines Anspruchs in genügendem Umfange schützt. Ob es dem Gesetzgeber wirklich gelungen ist, die richtige Mitte zu halten, ist nicht unbestritten. So behauptet Hirschfeld,[2]) daß die Interessen des Beklagten zu wenig gewahrt sind.

Das Produkt der erwähnten Bestrebungen ist § 259, dessen Inhalt wir nunmehr genauer beleuchten wollen.

## § 18.

Was versteht der Gesetzgeber unter den Worten „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde"?

Die Motive[3]) äußern sich dazu folgendermaßen: „Die Voraussetzung wird namentlich dann gegeben sein, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit, schon bevor sie fällig ist, ausdrücklich bestreitet".

Damit ist aber die Frage keinesfalls erschöpfend geregelt, wie schon das Wort „namentlich" erkennen läßt. Theorie und Praxis

---

[1]) Förster in Buschs Zeitschr. Bd. 8 S. 135/36; ebenso Herbst in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 353 Nr. 6, S. 371.

[2]) Hirschfeld in DJZ. 1898 S. 28.

[3]) Buschs Zeitschr. Bd. 24 Beil. S. 146.

haben mit Recht in dem erwähnten Satz der Motive nur ein Beispiel gesehen und unbedenklich auch in anderen Fällen jene Voraussetzungen des § 259 als bestehend angenommen.

Eine Kontroverse von tiefgehender Bedeutung hat sich namentlich an die Frage geknüpft, ob durch die Worte „sich entziehen werde" der Gesetzgeber eine schuldhafte Handlung von seiten des Beklagten vorausgesetzt haben wollte. Praktisch wird der Fall dann, wenn Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einzutreten droht.

Das Oberlandesgericht Celle [1]) hat eine Entscheidung gefällt, in der es sich gegen eine zu enge Auslegung des § 259 wendet und es als genügende Voraussetzung ansieht, „daß nach den Umständen die Besorgnis besteht, der Schuldner werde zur Zeit der Fälligkeit seiner Leistungspflicht nicht freiwillig nachkommen".

Auch Seuffert [2]) hat bis zur 8. Auflage seines Kommentars die Ansicht vertreten, daß drohender Vermögensverfall des Schuldners dem Gläubiger bereits die Handhabe des § 259 gebe. (Wenn Gaupp-Stein in seinem Kommentar von 1906 [3]) angibt, daß Seuffert der hier erwähnten Ansicht sei, so ist das insofern ungenau, als die 9. Auflage des Seuffertschen Kommentars von 1905, die, wie aus dem Gauppschen Literaturverzeichnis hervorgeht, ihm bereits vorgelegen hat, den früher verteidigten Standpunkt aufgegeben hat.)

Die weitaus überwiegende Ansicht in Theorie und Praxis [4]) geht aber dahin, daß unbedingt eine Tätigkeit des Schuldners vorliegen müsse, um der Voraussetzung des „Sichentziehens" zu genügen, so daß natürlich auch die Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch schuldhaftes Handeln verursacht wird, Grund zur Klage aus § 259 geben kann. (Nur auf diesen Punkt weist Moos in allerdings nicht ganz klarer Ausführung hin, so daß auch hier Gaupp-Stein in der oben genannten Note ungenau berichtet, wenn er Moos zu seinen Gegnern zählt.)

---

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 15 S. 265.

[2]) Anm. 1a zu § 259.

[3]) Bd. 1 S. 584 N. 6.

[4]) Gaupp-Stein Anm. I zu § 259; Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 259; Seuffert Anm. 1a zu § 259; Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 56.

Wir werden uns der herrschenden Ansicht anzuschließen haben, da die entgegenstehenden Interessen von Gläubiger und Schuldner nur dann mit der erforderlichen Gleichmäßigkeit berücksichtigt bezw. hintangesetzt werden, wenn das Recht der Klage auf künftige Leistung nur bei schuldhaftem Verhalten des Beklagten gegeben wird.

Zu weit würde es allerdings gehen, wie das Oberlandesgericht Naumburg[1]) richtig ausführt, wenn man ein böswilliges auf Vereitelung der Gläubigerrechte gerichtetes Handeln zur Voraussetzung machen wollte. Weder der Wortlaut noch der Sinn des Gesetzes zwingen zu einer solchen Auffassung.

## § 19.

Wir wenden uns nun zu der weiteren Frage: Was ist unter Klage auf „künftige Leistung" zu verstehen?

Der oben zitierte Satz der Motive enthält die Wendung „bevor sie (die Verbindlichkeit) fällig wird". Daraus kann man zunächst die Zulässigkeit der Klage nur für den Fall einer betagten Forderung als sicher annehmen.

Schon wenn wir an bedingte Forderungen denken, tauchen sehr erhebliche Zweifel auf. Seuffert,[2]) Gaupp-Stein[3]) und Schmidt[4]) halten auch in solchen Fällen den § 259 für anwendbar, weil man von „künftiger und rechtzeitiger Lieferung ohne Zwang auch bei bedingten Ansprüchen reden kann, da auch bei ihnen eine natürliche, in der Bedingung mitenthaltene Befristung besteht".[5]) Weismann[6]) und Langheineken[7]) stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt, weil sie solche Forderungen für noch nicht existent erachten.

---

[1]) Seufferts Arch. Bd. 57 S. 376.

[2]) Seuffert Anm. 2 zu § 259.

[3]) Gaupp-Stein Anm. 1 zu § 259.

[4]) Schmidt, Änderungen S. 85.

[5]) Gaupp-Stein a. a. O.

[6]) Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 58 Nr. 5.

[7]) Langheineken S. 62.

Wir kommen damit zu der für die Entscheidung unseres Falls besonders wichtigen Frage, ob auch Ansprüche, die noch gar nicht existieren, unter Umständen von § 259 mitumfaßt werden können.

Das Wort „künftig" scheint eine Schlußfolgerung nach dieser Richtung zuzulassen. Auch die Bedeutung, die das Wort an vielen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches hat,[1]) wäre geeignet, einer solchen Deutung des Wortes eine Unterlage zu gewähren. Der Entstehungsgeschichte des Paragraphen nach wird es jedoch notwendig sein, das Wort wenn möglich aus den die gleiche Materie behandelnden §§ 257 u. 258 ZPO. zu erklären. Wenn wir bedenken, daß der Ausdruck auch im § 257 verwendet wird und es sich dort offensichtlich um bereits existente Ansprüche handelt, so können wir aus dem Worte „künftig" zum mindesten keinen Schluß auf die Zulässigkeit der Geltendmachung noch nicht existenter Ansprüche ziehen.

Auch das Vorkommen der Worte „Schuldner" und „Fälligkeit", von der die Motive sprechen, unterstützt die Ansicht, daß zur Anwendung des § 259 das Vorhandensein eines existenten Anspruchs notwendig ist. Diese Anschauung wird auch von einer ganz überwiegenden Anzahl von Schriftstellern[2]) vertreten.

Jedoch das Reichsgericht hat den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen;[3]) es meint: „Die Einschränkung des Begriffs der künftigen Leistung auf Ansprüche, welche bereits entstanden sind und bei denen nur die Geltendmachung hinausgeschoben ist, erscheint schon nach der Wortfassung nicht gerechtfertigt. Von künftigen Ansprüchen kann auch dann gesprochen werden, wenn der Anspruch noch nicht entstanden ist, vielmehr erst in der Zukunft zur Entstehung gelangen soll".

Das Bedenkliche dieser Beweisführung ist bereits oben dargetan worden. Gerade der Wortlaut gibt für die entgegengesetzte Ansicht gewichtige Argumente.

---

[1]) z. B. §§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2.

[2]) Gaupp-Stein Anm. I zu § 259; Seuffert Anm. 2 zu § 259; Enneccerus Bd. 1 § 104 I; Rehbein Bd. 1 S. 242; Langheineken S. 62; Haymann in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 516 ff.; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 442.

[3]) RG. Bd. 58 S. 140 und JurW. 1909 S. 393.

Weiter führt das Reichsgericht aus: „Daß da, wo die Zivilprozeßordnung die Klage auf künftige Leistung gibt, nicht nur bereits existente, wenn auch noch nicht fällige Ansprüche verstanden sind, ergibt insbesondere § 258 ZPO. Die hier bezeichneten wiederkehrenden Leistungen sind nicht lediglich in ihrer Geltendmachung hinausgeschoben, sondern auch in ihrem Entstehen von dem künftigen Eintritt gewisser Tatbestände abhängig gemacht".

Auch diese Begründung ist keineswegs unbedenklich. Langheineken[1]) kommt nach eingehenden Erörterungen im Gegensatz zum Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß im Falle des § 258 stets nur bereits bestehende, niemals Ansprüche, die erst künftig entstehen sollen, geltend gemacht werden können. Auch Gaupp-Stein, Petersen und Skonietzki-Gelpcke[2]) äußern sich in diesem Sinne.

Trotzdem also die Begründung der vom Reichsgericht aufgestellten Ansicht nichts weniger als überzeugend ist, können wir sie ihrem Ergebnis nach nur billigen.

Es ist zwar anzuerkennen, daß die Rechtsordnung im allgemeinen nicht die Aufgabe hat, Aussichten oder Hoffnungen auf einen Rechtserwerb zu schützen. Wenn aber solche Hoffnungen eine gewisse feste Basis gewonnen haben, wenn der Erwerb des erhofften Rechts nur noch von dem Eintritt einer Tatsache abhängt, der aus den Umständen bereits mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dann drängt sich die Frage auf, ob hier nicht genau so ein schutzwürdiges Interesse vorhanden ist, als wenn die Wirksamkeit eines bereits bestehenden Rechtsgeschäftes noch vom Eintritt einer Bedingung abhängt.

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß auch schon betreffs des zukünftigen Schuldners den Umständen nach die Besorgnis bestehen kann, daß er sich der künftigen Leistung entziehen werde, so daß in dieser Hinsicht die Voraussetzungen des § 259 vorliegen können.

---

[1]) Langheineken S. 147.

[2]) Gaupp-Stein Anm. 1 zu § 258; Petersen zu § 258; Skonietzki-Gelpcke Anm. 4 zu § 258.

Wenn wir uns die ratio legis vor Augen halten, dann werden wir zugestehen müssen, daß wenn in Fällen, wie den oben gedachten, auch die Anwendbarkeit des § 259 kaum aus dem Wortlaut selbst zu folgern sein wird, wir durchaus im Sinne des Gesetzes handeln, wenn wir es analog anwenden.

Zum Vergleiche heranzuziehen wäre hier auch die in ständiger Rechtsprechung vertretene Ansicht des Reichsgerichts,[1]) daß die Abtretung künftiger Forderungen zuzulassen ist, insofern diese individuell genügend bestimmt sind. So hat z. B. das Reichsgericht[2]) eine im April erfolgte Abtretung von Forderungen, die aus einem im Juni abzuschließenden Werkvertrage erwachsen werden, für rechtswirksam erklärt.

Diese Ansicht, die auch von Staudinger, Planck, Heuer und Tuhr[3]) geteilt wird, findet allerdings von anderer Seite[4]) lebhaften Widerstand, kann aber trotzdem als Beweisgrund dafür dienen, daß es vielfach als Bedürfnis empfunden wird, auch nicht existente Ansprüche in den Rechtsverkehr hineinzuziehen.

Wir kommen also entgegen der Ansicht der bei weitem überwiegenden Anzahl der Schriftsteller zu dem Ergebnis, daß § 259 ZPO. unter den oben erörterten Umständen auch dann Anwendung finden kann, wenn die Klage auf künftige Leistung auf einen noch nicht existenten Anspruch begründet ist.

In der großen Mehrzahl aller Fälle, bei denen der zum Gegenstand unserer Erörterung gemachte Antrag gestellt wird, dürften die oben erwähnten Voraussetzungen zur Anstellung der Klage aus § 259 jedoch fehlen.

Wir unterstellen zwar, daß der Kläger genötigt ist, seinen Herausgabeanspruch gerichtlich geltend zu machen. Eine gewisse Basis für den Schadensersatzanspruch wäre also denkbar; sie würde darin bestehen, daß Rechtshängigkeit eingetreten ist und somit für die Anwendung des § 989 die Voraussetzung geschaffen ist. Aber

---

[1]) RG. Bd. 55 S. 334, Bd. 58 S. 72, Bd. 67 S. 166.

[2]) RG. Bd. 55 S. 334.

[3]) Staudinger Anm. 1a zu § 398 BGB.; Planck Anm. 4e zu § 398; Heuer in DJZ. 1903 S. 28; Tuhr in DJZ. 1904 S. 426.

[4]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 465 und DJZ. 1904 S. 54; Strauß in DJZ. 1903 S. 342; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 335 Zusatz 1e.

die Tatsache, von der das Existentwerden des Anspruchs noch abhängt, nämlich die Unmöglichkeit der Herausgabe, darf keineswegs als wahrscheinlich angesehen werden. Es ist kein Anhalt dafür gegeben, daß Beklagter nach Urteilsfällung den Streitgegenstand nicht werde herausgeben können, noch viel weniger, daß er sich der rechtzeitigen Erfüllung des alsdann entstehenden Schadensersatzanspruches werde entziehen wollen.[1]) Die Anwendung des § 259 wäre möglich, falls der Beklagte erklärt, wenn er auch zur Herausgabe verurteilt werde, so werde er den Gegenstand doch nicht geben, sondern ihn vernichten, und wenn Kläger den Wert ersetzt haben wolle, so werde er dafür sorgen, daß nichts Pfändbares bei ihm zu finden sei. Es dürfte aber keinem Zweifel unterliegen, daß ein solcher Tatbestand nur in den seltensten Fällen vorliegen wird.

# Ergebnis.

## § 20.

Unsere Ergebnisse sind folgende:

1. Die erhobene Klage genügt nicht den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. bezüglich des bestimmten Antrages, und zwar fehlt dem zweiten Klagebegehren die nötige Bestimmtheit.

2. Der Anspruch auf Schadensersatz ist noch nicht existent.

3. Die Einklagung desselben auf Grund des § 259 ZPO. ist zwar prinzipiell möglich, jedoch fehlen in der Regel die für die Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen erforderlichen Voraussetzungen.

Demgemäß kann dem Klageantrag nur hinsichtlich der verlangten Herausgabe des streitigen Gegenstandes, nicht aber auch bezüglich der Ersatzforderung entsprochen werden; die Verbindung der beiden Ansprüche ist unzulässig.

Dieses Ergebnis widerspricht dem von der Praxis im allgemeinen angenommenen Standpunkt, der auch den Anforderungen des täglichen Lebens sich besser anzupassen scheint. Aber abgesehen davon, daß aus diesem Grunde höchstens de lege ferenda eine

---

[1]) And. A. Marquardt in JurW. 1909 S. 38.

Abänderung des Gesetzes vorzuschlagen wäre, sei auch kurz auf die nicht unbedenklichen Folgen, die die Zulassung unserer Klage für den Schuldner hat, hingewiesen.

Während der Regel nach zur erfolgreichen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs der Nachweis gehört, daß der Beklagte den Schaden durch schuldhaftes Handeln verursacht hat, würde dieser in unserem Falle verurteilt werden, ohne daß ein solcher Nachweis erbracht ist. Wenn etwa die prinzipale Leistung nach der Urteilsfällung ohne sein Verschulden unmöglich wird, so wäre er genötigt, seine Rechte durch die Vollstreckungsgegenklage zu wahren, und trotz dieses für ihn höchst unbequemen Rechtsbehelfes ist er doch der Gefahr ausgesetzt, daß er ausgepfändet wird, da ja die Einstellung der Vollstreckung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist und es insbesondere leicht möglich ist, daß er die gemäß § 769 ZPO. verlangte Sicherheit nicht zu leisten vermag. Weniger groß würde allerdings die Gefährdung des Schuldners in dem recht häufig vorkommenden Falle sein, daß er bereits im Verzuge ist; denn unter diesen Umständen hat er auch für den zufälligen Untergang einzustehen; nur der in den seltensten Fällen zu erbringende Beweis des § 287 Satz 2 a. E. BGB., daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, kann ihn befreien. Jedenfalls dürfte es aber dem Prinzip der Gleichberechtigung der beiden Parteien mehr entsprechen, wenn die Klageverbindung nicht zugelassen wird. Die doppelten Kosten, die die zweite Klage verursacht, muß im Falle der Verurteilung doch der Schuldner tragen, und der Zeitverlust kann durch Benutzung des im § 255 ZPO. gewährten Mittels auf ein Minimum beschränkt werden.

Sonach scheint das an der Hand der Theorie gewonnene Ergebnis auch den Anforderungen der Praxis mindestens ebenso wie die herrschende gegenteilige Anschauung zu genügen.

Es sind auch von seiten der Oberlandesgerichte Posen,[1]) Kiel,[2]) Hamburg[3]) und Stuttgart[4]) bereits Entscheidungen in dem von

[1]) Seufferts Arch. Bd. 63 S. 95.

[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 135.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 47 S. 345.

[4]) Recht Bd. 16 Nr. 3.

uns vertretenen Sinne ergangen, allerdings beziehen sich diese Urteile mit Ausnahme des zuletzt genannten auf Klagen, die auf Leistung oder Werterſatz gerichtet sind.

Das Oberlandesgericht Posen erkennt: „Bezüglich der Zahlung wird die Klage abgewiesen". Und zwar hebt das Gericht ausschließlich die mangelnde materielle Grundlage und die Unanwendbarkeit des § 259 hervor, ohne auf die prozessualen Fragen des § 253 Abs. 2 einzugehen.

Anders die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Kiel und Hamburg. Hier schiebt die Begründung, die zu demselben Ergebnis kommt, die mangelnde Bestimmtheit des Antrages durchaus in den Vordergrund; allerdings paßt zu dieser Begründung der Urteilsspruch nicht. Er verstößt gegen den § 308 ZPO. und den dort enthaltenen Satz „ne eat iudex ultra petita partium".

Unter den verschiedenen Deutungen, die dem zur Entscheidung stehenden Antrag gegeben werden können, war auch die hervorzuheben, daß für den Beklagten eine facultas alternativa besteht. Es leuchtet aber ein, daß ein Urteil, das den Beklagten ohne Einschränkung zur Herausgabe verurteilt, den Beklagten ungünstiger stellt als ein solches, das ihm freistellt, die Herausgabe durch Zahlung einer Geldsumme abzuwenden.[1]) Jedes Urteil, das den Beklagten ungünstiger stellt, als der Kläger es verlangt, geht über das Petitum hinaus. Demnach hätte eine Verurteilung zur Herausgabe unter Abweisung des übrigen Teils des Klageantrags nicht erfolgen dürfen.

Wenn wir daher die erwähnten Urteile auch nicht in ihrem ganzen Umfange für richtig anerkennen, so dienen sie uns doch jedenfalls als Beweis dafür, daß die u. A. nach falsche herrschende Ansicht nicht mehr ohne Widerspruch dasteht.

---

[1]) Stölzel, Schulung Bd. 1 S. 372; Wach, Vorträge S. 57; Bönig im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 50 ff.

---

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

# Lebenslauf.

Am 15. Oktober 1890 wurde ich, Richard Kobrak, als Sohn des jetzigen Sanitätsrats Dr. med. Georg Kobrak und seiner Ehefrau Jenny geb. Wohlauer in Breslau geboren. Ich bin Preuße evangelischer Konfession. Im Oktober 1896 trat ich in die Vorschule des Johannesgymnasiums zu Breslau ein, das ich im September 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau, Freiburg i. B. und München. Am 14. Dezember 1911 bestand ich die erste juristische Prüfung. Seit dem 2. Januar 1912 bin ich im Vorbereitungsdienst als Referendar am Amtsgericht in Reinerz beschäftigt.